

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 709 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB)
ADV.(A/S)	: LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO E OUTRO(A/S)
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S)	: DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)
ADV.(A/S)	: ANDRE BRANDAO HENRIQUES MAIMONI
REQTE.(S)	: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL
ADV.(A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARAES
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO
REQTE.(S)	: PARTIDO DOS TRABALHADORES
ADV.(A/S)	: EUGENIO JOSE GUILHERME DE ARAGAO
REQTE.(S)	: PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	: LUCAS DE CASTRO RIVAS
INTDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUMAI
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL

DECISÃO:

Ementa: DIREITOS FUNDAMENTAIS. POVOS INDÍGENAS. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS.

1. Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias.

ADPF 709 MC / DF

2. A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB possui legitimidade ativa para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e, bem assim, os partidos políticos que assinam a petição inicial.

PREMISSAS DA DECISÃO

3. Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção.

4. Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil.

5. A análise aqui desenvolvida observou três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

PEDIDOS FORMULADOS

6. Na ação são formulados pedidos

ADPF 709 MC / DF

específicos em relação aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, bem como pedidos que se destinam aos povos indígenas em geral. Tais pretensões incluem a criação de barreiras sanitárias, a instalação de sala de situação, a retirada de invasores das terras indígenas, o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e a elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19.

7. Todos os pedidos são relevantes e pertinentes. Infelizmente, nem todos podem ser integralmente acolhidos no âmbito precário de uma decisão cautelar e, mais que tudo, nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo institucional entre os Poderes.

DECISÃO CAUTELAR

Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente

8. Determinação de criação de *barreiras sanitárias*, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

9. Determinação de instalação da *Sala de Situação*, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria-

ADPF 709 MC / DF

Geral da República e da Defensoria Pública da União, observados os prazos e especificações detalhados na decisão.

Quanto aos povos indígenas em geral

10. A *retirada de invasores* das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão, **fica determinado**, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

11. Determinação de que os *serviços do Subsistema Indígena de Saúde* sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas reservas estarem ou não homologadas. Quanto aos não aldeados, por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral.

ADPF 709 MC / DF

12. Determinação de elaboração e monitoramento de um *Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros*, de comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, observados os prazos e condições especificados na decisão.
13. Cautelar parcialmente deferida.

SÍNTESE DA AÇÃO

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, pelo Rede Sustentabilidade – Rede, pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT. A ação tem por objeto um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados ao combate à pandemia por COVID-19, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas, em violação à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), aos direitos à vida (CF, art. 5º, caput) e à saúde (CF, arts. 6º e 196), bem como ao direito de tais povos a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (CF, art. 231).

2. Segundo os requerentes, o contágio e a expansão da pandemia por COVID-19 estão ocorrendo em grande velocidade entre os povos indígenas. Tais comunidades reuniriam componentes que as tornam mais vulneráveis ao vírus do que a população em geral. Em primeiro lugar, os indígenas detêm maior *vulnerabilidade imunológica*. São historicamente mais suscetíveis a doenças infectocontagiosas, por sua

ADPF 709 MC / DF

menor exposição a tais patologias. Detêm, em segundo lugar, maior *vulnerabilidade sociocultural*: seu modo de vida tradicional é geralmente marcado por um intenso contato comunitário, com o compartilhamento de habitações e utensílios, além de viverem, muitas vezes, em áreas remotas ou de difícil acesso. E essas características favoreceriam uma maior taxa de mortalidade entre indígenas, em decorrência da COVID-19, uma maior propagação do vírus em suas comunidades, bem como menor acesso a serviços de saúde. Os requerentes afirmam que, segundo dados da APIB, a taxa de mortalidade por COVID-19 entre indígenas é de 9,6%, contra 5,6% na população brasileira em geral.

3. Por fim, os requerentes aludem, ainda, à *vulnerabilidade política* dos povos indígenas. Trata-se, afirmam, de grupos minoritários, cujas práticas culturais e condições geográficas não favorecem a viabilidade de sua representação pelos mesmos meios reconhecidos pelo Estado brasileiro. Em razão disso, as comunidades indígenas enfrentariam enorme dificuldade em ter os seus interesses contemplados nas instâncias majoritárias e teriam baixíssimo acesso a todo tipo de serviços públicos essenciais, tais como: educação, saneamento básico e saúde. Afirmam que tal vulnerabilidade se agravou no curso do atual governo, dada a evidente resistência manifestada pelo Chefe do Executivo à proteção aos direitos dos indígenas e ao meio ambiente de que dependem.

4. No que respeita especificamente à presente ação, os requerentes imputam os seguintes atos comissivos e/ou omissivos ao Poder Público: (i) a não contenção de invasões às terras indígenas ou a não remoção de seus invasores, que ingressam nas respectivas áreas para a prática de ilícitos como: grilagem, garimpo ilegal e extração ilegal de madeira, forçando contato com as tribos; (ii) ações imperitas do governo federal em matéria de saúde, com o ingresso, em terras indígenas, de equipes de saúde sem cumprimento de quarentena e sem a observação de medidas de prevenção ao contágio; (iii) decisão política da Fundação

ADPF 709 MC / DF

Nacional do Índio – FUNAI e da Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI de só prestar assistência especializada de saúde a povos residentes em terras indígenas homologadas, remetendo-se os indígenas não aldeados (urbanos) ao SUS geral (sem expertise para trato de indígenas) e, aparentemente, deixando as demais tribos, que residem em terras indígenas pendentes de homologação, sem atendimento; (iv) não elaboração de um plano pormenorizado e concreto, que contenha uma estratégia de proteção das comunidades indígenas e um cronograma de implementação, com a participação das comunidades indígenas.

5. Com base em tais argumentos, requerem, em sede cautelar:

“(a) Seja determinada à União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para que sejam instaladas e mantidas barreiras sanitárias para proteção das terras indígenas em que estão localizados povos indígenas isolados e de recente contato. As terras são as seguintes: dos povos isolados, Alto Tarauacá, Araribóia, Caru, Himerimã, Igarapé Taboca, Kampa e Isolados do Rio Envira, Kulina do Rio Envira, Riozinho do Alto Envira, Kaxinauá do Rio Humaitá, Kawahiva do Rio Pardo, Mamoodate, Massaco, Piripkura, Pirititi, Rio Branco, Uru-Eu-Wau-Wau, Tanaru, Vale do Javari, Waimiri-Atroari, e Yanomami; e dos povos de recente contato, Zo'é, Awa, Caru, Alto Turiaçu, Avá Canoeiro, Omerê, Vale do Javari, Kampa e Isolados do Alto Envira e Alto Tarauacá, Waimiri-Atroari, Arara da TI Cachoeira Seca, Araweté, Suruwahá, Yanomami, Alto Rio Negro, Pirahã, Enawenê-Nawê, Juma e Apyterewa.

(b) Seja determinado à União Federal que providencie o efetivo e imediato funcionamento da “Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas

ADPF 709 MC / DF

Isolados e de Recente Contato” (art. 12 da Portaria Conjunta n. 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Funai), o qual deve necessariamente passar a contemplar, em sua composição, representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas, estes indicados pela APIB.

(c) Seja determinado à União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para a retirada dos invasores nas Terras Indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá, valendo-se para tanto de todos os meios necessários, inclusive, se for o caso, do auxílio das Forças Armadas.

(d) Seja determinado à União Federal que os serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS devem ser imediatamente prestados a todos os indígenas no Brasil, inclusive os não aldeados (urbanos) ou que habitem áreas que ainda não foram definitivamente demarcadas.

(e) Seja determinado ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) que, com auxílio técnico das equipes competentes da Fundação Oswaldo Cruz do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), e participação de representantes dos povos indígenas, elabore, em 20 dias, plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com medidas concretas, e que se tornará vinculante após a devida homologação pelo relator desta ADPF. Os representantes dos povos indígenas na elaboração do plano devem ser indicados pela APIB (pelo menos três) e pelos Presidentes dos Conselhos Distritais de Saúde Indígena (pelo menos três).

(f) Após a homologação do plano referido acima, seja determinado o seu cumprimento pelo Estado brasileiro, delegando-se o seu monitoramento ao Conselho Nacional de

ADPF 709 MC / DF

Direitos Humanos, com auxílio técnico da equipe competente da Fundação Oswaldo Cruz, e participação de representantes dos povos indígenas, nos termos referidos no item anterior”.

6. Diante da urgência do caso, determinei a intimação do Exmo. Sr. Presidente da República, do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República e da Advocacia-Geral da União, no prazo de 48 horas, para manifestação, de forma a evitar que a cautelar fosse apreciada *inaudita altera pars*.

7. A Advocacia-Geral da União apresentou manifestação, acompanhada de informações da Controladoria-Geral da União, do Ministério da Defesa, do Ministério da Justiça, do Ministério da Saúde e da Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI. Em sua manifestação, a AGU afirma, em breve síntese: (i) a inadmissibilidade da ação, por ausência de subsidiariedade; (ii) a ocorrência de suspensão dos ingressos de terceiros nas terras de povos indígenas em isolamento; (iii) o caráter complementar da atuação da SESAI com relação ao SUS, que expressaria uma opção razoável de política pública em matéria de saúde; (iv) o risco de colapso do atendimento da SESAI, caso se expanda sua atuação para povos indígenas em área urbana (não aldeados); (v) a impossibilidade de alteração de tal política pública pelo Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes; (vi) a existência de uma multiplicidade de normas e planos de contingência nacional e distrital para enfrentamento da pandemia entre povos indígenas, bem como a criação de Equipes de Resposta Rápida (ERR) e de Comitês de Gestão de Crise (CGC).

8. As informações da AGU não mencionam propriamente a criação de barreiras sanitárias para a proteção de povos indígenas em isolamento ou de recente contato, com uso de força, se necessário, para impedir a entrada em suas áreas. Aludem apenas a uma determinação de suspensão de ingresso de terceiros em tais terras. Também não negam a afirmação, constante da inicial, de que a SESAI excluiu do escopo de sua

ADPF 709 MC / DF

atuação os povos indígenas aldeados, cujas terras ainda estejam pendentes de homologação. Tal fato é, portanto, incontroverso. As informações prestadas pelos demais órgãos alegam a ilegitimidade ativa da APIB para deflagrar o controle concentrado da constitucionalidade; relatam operações da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal, da Força Nacional de Segurança e das Forças Armadas, voltadas à proteção de terras indígenas, incluída a menção à criação de barreira sanitária fluvial em circunstâncias específicas pelas Forças Armadas. Referenciam operações de combate a ilícitos, de contenção de invasões e de desintrusão de invasores. Aludem, ainda, à prestação de assistência à saúde, à entrega de cestas básicas, de equipamentos, à criação de boletins, protocolos, campanhas educativas e a uma multiplicidade de outras iniciativas voltadas à proteção de diversos povos indígenas. Observam que os recursos materiais e humanos disponíveis para o combate a uma pandemia com tais proporções são limitados, que há maior capacidade institucional e expertise técnica por parte de tais órgãos do que por parte do Judiciário, e que a interferência desse último Poder pode desorganizar as políticas em andamento e produzir impacto adverso sobre a proteção de tais povos.

9. Faço o registro do *admirável empenho da Advocacia-Geral da União e de todas as demais instituições antes mencionadas em contribuir com informações para esse juízo*, em tempo extremamente exíguo. Passo ao exame da admissibilidade da ação e, na sequência, à apreciação do pedido de cautelar.

ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO

I. LEGITIMIDADE ATIVA DA APIB E DOS DEMAIS REQUERENTES

10. Reconheço a legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB para propor a presente ação, na condição de entidade de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, IX). É certo que a

ADPF 709 MC / DF

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal limitou a configuração de “entidades de classe” àquelas representativas de pessoas que desempenham a mesma atividade econômica ou profissional. Trata-se, contudo, de entendimento que integra aquilo que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva do STF, formada nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, quando se temia que a ampliação dos legitimados para propor ações diretas pudesse ensejar um grande aumento do volume de casos do controle concentrado.

11. Tal temor não se confirmou, e a referida interpretação acabou reduzindo as oportunidades de atuação do Tribunal na proteção a direitos fundamentais, já que não reconheceu às associações defensoras de direitos humanos (que não constituem representação de categoria profissional ou econômica) a possibilidade de acessá-lo diretamente, em sede concentrada. Dificultou, portanto, a atuação do STF naquela que é uma das funções essenciais de uma Corte Constitucional. Entendo ser o caso de superar tal interpretação restritiva do conceito de “classe”, que além de obsoleta é incompatível com a missão institucional do Tribunal. Como já tive a oportunidade de afirmar, reconheço como classe “*o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou, ainda, pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem*”. Em sentido semelhante: ADPF 527, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 02.07.2018; e ADI 5291, rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.05.2015[1].

12. Vale observar, ademais, que a Constituição assegurou aos indígenas a representação judicial e direta de seus interesses (CF, art. 232), bem como o respeito à sua organização social, crenças e tradições (CF, art. 231). Por essa razão, entendo, ainda, que o fato de a APIB não estar constituída como pessoa jurídica não é impeditivo ao reconhecimento da sua representatividade. Não se pode pretender que tais povos se organizem do mesmo modo que nos organizamos. Assegurar o respeito a seus costumes e instituições significa respeitar os

ADPF 709 MC / DF

meios pelos quais articulam a sua representação à luz da sua cultura.

13. Os demais requerentes são Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, de modo que também detêm legitimidade ativa para a causa.

II. PRECEITO FUNDAMENTAL, ATO DO PODER PÚBLICO E SUBSIDIARIEDADE

14. A ação em exame também atende aos demais requisitos de admissibilidade. Nesse sentido, a alegação de violação à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), aos direitos à vida (CF, art. 5º, caput) e à saúde (CF, arts. 6º e 196), bem como ao direito dos povos indígenas a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (CF, art. 231), enquadra-se como ameaça a *preceito fundamental*, conforme doutrina e jurisprudência sobre a matéria[2]. A ação volta-se contra um conjunto de atos comissivos e omissivos, normativos e concretos, *praticados pelo Poder Público*, de natureza heterogênea, já indicados acima. Tais atos e os pedidos veiculados pelos requerentes só poderiam ser apreciados, em seu conjunto, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Não há outra ação direta que comporte tal objeto. E há necessidade de que se produza uma decisão com efeitos vinculantes e gerais para o Judiciário e para a Administração Pública. Está presente, portanto, a exigência de *subsidiariedade* da ação.

PREMISSAS DA DECISÃO

15. Antes de passar ao exame da cautelar, entendo ser importante explicitar as premissas de que parte essa decisão para evitar equívocos quanto à sua interpretação. Ela observa três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da

ADPF 709 MC / DF

Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

16. No que respeita aos *princípios da precaução e da prevenção*, é importante frisar que se alega, na inicial, um risco iminente de extermínio em massa de povos indígenas em decorrência da expansão da pandemia por COVID-19. Em tais circunstâncias, de alegação de risco ao direito à vida e à saúde, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que as decisões judiciais devem pautar-se por tais princípios. Em caso de dúvida, devem-se adotar as medidas mais protetivas de que se disponha e vedar aquelas cuja segurança seja incerta (CF, arts. 196 e 225)[3]. Nesse sentido: ADPFs 668 e 669, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 31.03.2020; ADI 5.592, rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.09.2019; ADI 4.066, rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; RE 627.189, rel. Min. Dias Tofolli, j. 08.06.2016.

17. É válido registrar, ainda, que se tem verificado grande resistência no governo quanto à concretização dos direitos dos povos indígenas. De fato, a imprensa atribui ao atual Presidente da República as seguintes declarações: “*Não entro nessa balela de defender terra pra índio*”; “[*reservas indígenas*] *sufocam o agronegócio*” (Campo Grande News, 22.04.2015)[4]; “*Em 2019 vamos desmarcar [a reserva indígena] Raposa Serra do Sol. Vamos dar fuzil e armas a todos os fazendeiros*” (No Congresso, 21.01.2016)[5]; “*Se eu assumir [a Presidência do Brasil] não terá mais um centímetro quadrado para terra indígena*” (Dourados, Mato Grosso do Sul, 08.02.2018)[6]; “*Reservas indígenas inviabilizam a Amazônia*” (Revista Exame, 13.02.2020)[7]. Esse é o contexto, portanto, em que se insere a presente discussão e que reforça o dever de cuidado por parte do Tribunal quanto a tais povos.

18. Por outro lado, há importantes registros acerca da atuação das Forças Armadas, na entrega de cestas básicas, suprimentos e materiais de saúde a diversas comunidades indígenas, bem como de sua

ADPF 709 MC / DF

atuação, em parceria com o Ministério da Saúde, na atenção médica a tais povos[8]. Há, igualmente, referências à atuação das Forças Armadas em operações de contenção de mineiros ilegais, bem como de criação de barreiras sanitárias fluviais em apoio à Fundação Nacional do Índio - FUNAI[9]. Há, ainda, relatos do Ministério da Justiça, quanto a ações da Polícia Federal e da Polícia Rodoviária Federal no combate a ilícitos, bem como quanto à atuação da Força Nacional de Segurança Pública em medidas de contenção de contágio, na proteção de unidades da FUNAI, na contenção de invasões, em operações de desintrusão de invasores[10]. Há, por fim, inúmeras iniciativas e ações do Ministério da Saúde. Não se pode negar o esforço de tais órgãos no enfrentamento da questão indígena.

19. No que respeita à necessidade de *diálogo institucional*, a presente decisão cautelar – em virtude de sua urgência – é proferida com base em informações inevitavelmente incompletas. As medidas requeridas implicam, ademais, a mobilização de múltiplas instituições e agentes, com expertise técnica e experiência em suas respectivas áreas de atuação. Demandam a tomada de posição sobre temas a respeito dos quais as capacidades institucionais do Supremo Tribunal Federal podem ser limitadas. Nesse sentido, é imprescindível que se estabeleça uma interlocução entre os distintos órgãos do Poder Executivo e o Poder Judiciário, para que se busque, tanto quanto possível, uma solução consensual para o problema posto por essa ação.

20. Finalmente, tratado de direito internacional ratificado e internalizado pelo Brasil determina que decisões acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente que envolvam povos indígenas devem necessariamente ser tomadas *com a sua participação*[11]. Como já observado, cada comunidade tem suas particularidades, circunstâncias e cultura próprias. É imprescindível que tais povos possam expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca de soluções. Por essa razão, toda e qualquer decisão que envolva povos indígenas deve assegurar

ADPF 709 MC / DF

também um *diálogo intercultural*.

21. Nesse sentido, esse relator buscará, tanto quanto possível, atuar como um *facilitador* de decisões e de medidas que idealmente devem envolver diálogos com o Poder Público e com os povos indígenas, sem se descuidar, contudo, dos princípios da precaução e da prevenção.

EXAME DOS PEDIDOS DE CAUTELAR

I. CAUTELARES REQUERIDAS EM FAVOR DOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO E DOS POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO

22. Povos indígenas em isolamento voluntário (ou povos indígenas não contactados) são aqueles que, por escolha própria, não desejam ter contato constante com a sociedade envolvente. Povos indígenas de recente contato (ou povos indígenas de contato inicial) são aqueles que têm relações embrionárias e incipientes com a sociedade envolvente e que, por conseguinte, dispõem de baixa compreensão de seu idioma, códigos e costumes[12]. Quanto a tais povos, os requerentes postulam o deferimento de medidas cautelares determinando: (i) a instalação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de pessoas que não pertençam às suas comunidades; e (ii) a implementação de Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões a respeito da proteção de tais povos. Requerem, ainda, que tal sala conte com representantes do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União e dos povos indígenas (estes indicados pela APIB).

I.1. BARREIRAS SANITÁRIAS

23. Como já mencionado, a Constituição de 1988 assegura aos povos indígenas o direito à sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, bem como os “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (CF, art. 231). Na mesma linha, a

ADPF 709 MC / DF

Convenção 169 da OIT, vinculante para o Brasil, assegura o direito dos povos indígenas à autodeterminação e à identidade cultural (artigos 2º, 1; 4º, 1 e 2; 5º e 7º)[13]. Veja-se o teor dos referidos dispositivos:

“Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, **com a participação dos povos interessados**, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

Artigo 4º

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para **salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas** e o meio ambiente dos povos interessados.

2. Tais medidas especiais **não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados**.

Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção: a) deverão ser reconhecidos e **protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais** próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;

b) deverá ser **respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições** desses povos;

c) deverão ser adotadas, **com a participação e cooperação dos povos** interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

Artigo 7º

1. **Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades** no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem

ADPF 709 MC / DF

como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de **controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural**. Além disso, esses povos deverão **participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas** de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. [...]”.
(Grifou-se)

24. No que respeita aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, a opção pelo não contato decorre de seu direito à autodeterminação e constitui uma forma de preservar a sua identidade cultural e as suas próprias organizações, usos, costumes e tradições[14]. Nessa medida, o ingresso de qualquer membro exógeno à comunidade, sem a sua autorização, constitui um ilícito. Tais povos têm direito ao isolamento e o Estado tem o dever de assegurá-lo[15].

25. Mas não é só. Na atual situação, em que há uma pandemia em curso, os povos em isolamento e de contato recente são os mais expostos ao risco de contágio e de extinção. Isso ocorre em razão das condições de vulnerabilidade imunológica e sociocultural já narradas. Por essa razão e de acordo com diretrizes internacionais da ONU e da Comissão IDH, a medida protetiva mais eficaz a ser tomada em favor de tais povos é assegurar-lhes o isolamento da sociedade envolvente, por meio de barreiras ou cordões sanitários que impeçam – inclusive com o uso da força, se necessário – o acesso de estranhos às suas terras. Confira-se:

DIRETRIZES DO ALTO COMISSARIADO DA ORGANIZAÇÃO DAS
NAÇÕES UNIDAS PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA
(OACNUDH)

“Povos Indígenas

Os Estados devem levar em conta que os povos indígenas têm um conceito diferente de saúde, que inclui a medicina tradicional, e devem consultar e considerar o consentimento

ADPF 709 MC / DF

prévio e informado desses povos, com vistas a desenvolver medidas preventivas para interromper o COVID-19.

Os Estados devem impor medidas que regulem o acesso de todas as pessoas ao território indígena, em consulta e colaboração com as populações envolvidas, especialmente com suas instituições representativas.

Em relação aos povos indígenas que vivem em isolamento voluntário ou na fase inicial de contato, os Estados e outros agentes devem considerá-los como grupos populacionais especialmente vulneráveis. Barreiras para impedir que pessoas de fora acessem seus territórios devem ser rigorosamente gerenciadas para evitar qualquer contato”.

RESOLUÇÃO Nº 1/2020 DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS (CIDH)

“Povos Indígenas

54. Proporcionar informações sobre a pandemia em seu idioma tradicional, estabelecer sempre que possível facilitadores interculturais que lhes permitam entender claramente as medidas adotadas pelo Estado e os efeitos da pandemia.

55. Respeitar de forma irrestrita o não contato com as cidades e segmentos de cidades indígenas em isolamento voluntário, dados os impactos muito sérios que o contágio do vírus pode representar para sua subsistência e sobrevivência como povo.

56. Tomar medidas reforçadas para proteger os direitos humanos dos povos indígenas no marco da pandemia da COVID-19, levando em consideração que esses grupos direito de receber cuidados de saúde culturalmente relevantes que levem em consideração cuidados preventivos, práticas de cura e medicamentos tradicionais”. (Grifou-se)[16]

26. Embora tais diretrizes não sejam vinculantes, na presente

ADPF 709 MC / DF

situação de incerteza técnica e científica sobre as medidas adequadas ao enfrentamento de uma pandemia de proporções inéditas, ou sobre a forma de proteger os povos indígenas, essas orientações constituem *standards* objetivos e internacionais sobre a matéria, oferecidos por organizações de reconhecida expertise. Devem, por isso, ser levados em conta. Além disso, a própria Advocacia-Geral da União reconhece a necessidade de assegurar o isolamento de tais povos, mencionando, em suas informações, a edição de norma que suspendeu o ingresso de terceiros em seus territórios. Todavia, não cita a criação de barreiras sanitárias como medida adotada para tornar efetiva tal proibição.

27. Já as informações do Ministério da Defesa fazem referência à criação de algumas barreiras sanitárias fluviais, em apoio a ações da FUNAI. Não há, contudo, notícia de um planejamento de criação de barreiras como medida de proteção aos povos em isolamento e de contato recente. A mera existência da norma é insuficiente para que se alcance tal fim, conforme narrativa da APIB. Assim, com base nos argumentos já invocados, nas próprias informações prestadas pela AGU e, ainda, nos princípios da prevenção e da precaução, entendo cabível a criação de barreiras sanitárias que vedem a entrada e a saída do território de povos indígenas em isolamento e de recente contato.

28. Reconheço, ainda, a presença de perigo na demora, dado que há risco iminente de contágio, caso não se criem mecanismos de contenção do ingresso em tais terras.

29. Entretanto, os recursos materiais e de pessoal a serem utilizados em tais barreiras, sua localização, os protocolos sanitários a serem empregados pelos agentes do Estado e demais especificações devem ser determinados pela União, por meio da elaboração de um plano, ouvidos os membros integrantes da “Sala de Situação” (item apreciado a seguir). Na elaboração do plano, a União poderá considerar, com proporcionalidade e razoabilidade: (i) a maior ou menor exposição a

ADPF 709 MC / DF

invasores a que se encontra sujeito cada povo indígena; (ii) os recursos de que dispõe para tais intervenções e seus limites; (iii) a necessidade de atender a pleitos concorrentes de igual urgência para a proteção à vida e à saúde.

30. Diante do exposto, **defiro a criação de barreiras sanitárias**, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. O plano deverá ser homologado pelo juízo.

I.2. SALA DE SITUAÇÃO

31. Com relação à Sala de Situação, afirma-se que se trata de decisão política a ser tomada pelo Presidente da República, e que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se em tal juízo, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes. Consta-se, contudo, que a criação de Sala de Situação para a gestão da epidemia, no que respeita a povos indígenas e de recente contato, encontra-se prevista em norma federal expedida pelo Ministério da Saúde. Confirma-se:

PORTARIA CONJUNTA Nº 4.094/2018, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E DA FUNAI

“Art. 12. Deverá ser ativada uma Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.

§ 1º A Sala de Situação terá como objetivos precípuos o compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas.

§ 2º A Sala de Situação será composta por membros indicados pela SESAI/MS e membros indicados pela FUNAI e

ADPF 709 MC / DF

poderá ser integrada também por colaboradores convidados, com a anuência conjunta de ambos os órgãos.

§ 3º A Sala de Situação será convocada indistintamente pela SESAI/MS ou pela FUNAI.

§ 4º A Sala de Situação não substitui as respectivas competências legais da SESAI/MS e da FUNAI frente à promoção e proteção dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.” (Grifou-se)

32. Portanto, existe norma federal reconhecendo a necessidade de criação da Sala de Situação e disciplinando a medida. Nessas condições, não há que se falar em interferência do Judiciário sobre Políticas Públicas, mas, sim, em mera implementação judicial de norma federal que não está sendo observada pelo Poder Executivo.

33. Os requerentes postulam, ainda, que participem da Sala de Situação: representantes dos povos indígenas, um membro do Ministério Público Federal e um membro da Defensoria Pública da União. Os primeiros, para que haja participação indígena nos processos decisórios que envolvem a proteção à sua saúde. Os outros dois para assegurar o efetivo funcionamento do órgão, dada a resistência manifestada pela União. O pleito de participação indígena tem respaldo na Convenção 169 da OIT, norma com status supralegal, que estabelece que: (i) os serviços de saúde devem ser planejados e administrados em cooperação com os povos indígenas; e (ii) o Estado deve assegurar a existência de instituições e mecanismos apropriados para administrar os programas que afetam tais povos[17]. Confira-se:

CONVENÇÃO 169 DA OIT:

“Artigo 25

1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria

ADPF 709 MC / DF

responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

2. **Os serviços de saúde** deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário. Esses serviços deverão ser **planejados e administrados em cooperação com os povos interessados** e levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais. [...].

Artigo 33

1. A autoridade governamental responsável pelas questões que a presente Convenção abrange deverá se **assegurar de que existem instituições ou outros mecanismos apropriados para administrar os programas que afetam os povos interessados, e de que tais instituições ou mecanismos dispõem dos meios necessários para o pleno desempenho de suas funções.**

2. **Tais programas deverão incluir:** a) o planejamento, coordenação, execução e avaliação, em cooperação com os povos interessados, das medidas previstas na presente Convenção; [...]" (Grifou-se)

34. Nota-se, assim, que a participação de representantes dos povos indígenas no planejamento e na execução dos programas de saúde voltados às suas comunidades constitui direito reconhecido por norma com status supralegal, aprovada pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República. Portanto, também aqui a questão não é de interferência do Poder Judiciário em matéria de política pública. Trata-se, mais uma vez, de fazer cumprir norma que deixou de ser observada pelo Executivo[18].

35. Tampouco procede a alegação de que a pandemia demanda ações emergenciais e velocidade de resposta que autorizariam o afastamento extraordinário da participação indígena. O que se postula nesta ação é a complementação de tais ações com medidas que são

ADPF 709 MC / DF

imprescindíveis para torná-las eficazes e que não foram providenciadas pelo Poder Público, a despeito da sua atuação emergencial. Aí está a relevância e a necessidade da participação. Por isso se requer a elaboração de um plano concreto, com cronograma de implementação e identificação das autoridades responsáveis.

36. Não há dúvida de que existem múltiplas ações em curso. Entretanto, tais ações precisam ser coordenadas e precisam ser complementadas por medidas que não estão em curso. A criação sistemática de barreiras de proteção aos povos em isolamento e de contato recente não está em curso. A assistência à saúde dos inúmeros povos indígenas localizados nas muitas terras indígenas ainda pendentes de homologação não está em curso, o que os coloca sob risco de perecimento. Esses pontos só estão sendo percebidos porque os indígenas puderam se manifestar. Está claro, portanto, que tais povos, desde seu ponto de vista, são capazes de identificar providências e medidas, que, se ausentes, podem constituir um obstáculo para a efetividade das ações de saúde já pensadas pela União. Não basta que as ações sejam rápidas. É preciso que sejam eficazes. Portanto, deve-se buscar maior celeridade, mas a participação indígena é indispensável.

37. Por fim, a Convenção prevê que o Poder Público deve assegurar os meios necessários para que as instituições responsáveis pela administração de programas no interesse de tais comunidades funcionem adequadamente. Essa norma parece acolher o pleito de participação da Defensoria Pública da União e do Ministério Público Federal, que poderão apoiar os representantes dos povos indígenas. A Defensoria por seu papel na defesa dos necessitados (CF, art. 134). E o Ministério Público por seu papel de defesa dos direitos e interesses das populações indígenas (CF, art. 129, V), tendo inclusive uma Câmara especializada na matéria, cuja expertise será relevante.

38. Por tais fundamentos, e com base nos princípios da

ADPF 709 MC / DF

precaução e da prevenção, reconheço a verossimilhança do direito à criação de uma Sala de Situação. O perigo na demora está indiscutivelmente presente, pelas razões já apontadas. A sala deverá assegurar a participação de membros da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e de representantes indígenas indicados pela APIB, bem como das demais autoridades que a União entender que devem participar do processo decisório. Tais membros deverão ser designados, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificação, correios eletrônicos e telefones para contato.

39. As entidades devem assegurar que os representantes disponham, ao menos, de adequado acesso à internet, que permita a sua participação. A primeira reunião virtual da Sala de Situação deverá ser convocada pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo. A convocação deverá indicar: (i) a data da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação; (ii) seus horários; (iii) *link* e senha para plataforma virtual de acesso (ou, conforme a plataforma utilizada, com a antecedência possível); (iv) a autoridade responsável por presidir a reunião; (v) o contato telefônico e o nome de 2 autoridades da União responsáveis pela facilitação técnica do acesso de todos à sala virtual, caso haja qualquer dificuldade tecnológica.

40. Nesses termos, **defiro a cautelar, para a constituição de Sala de Situação**, nos termos explicitados acima.

II. CAUTELARES REQUERIDAS EM FAVOR DOS POVOS INDÍGENAS EM GERAL

41. No que respeita aos povos indígenas em geral, os requerentes pedem o deferimento de medidas cautelares: (i) de retirada

ADPF 709 MC / DF

de invasores de 7 terras indígenas que consideram as mais críticas; (ii) de extensão dos serviços do Subsistema de Saúde Indígena do SUS a todos os indígenas do Brasil; (iii) de atribuição ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) da tarefa de elaborar um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com participação de representantes dos povos indígenas e auxílio técnico das equipes competentes da Fundação Oswaldo Cruz do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO).

II.1. RETIRADA DE INVASORES

42. Os requerentes esclarecem que aqueles grupos cuja retirada é postulada encontram-se nas terras indígenas indicadas acima ilegalmente, para a prática de atividades ilícitas, como desmatamento, extração de madeira e garimpo ilegal. Não se trata de meros posseiros. Argumentam que constituem grupos armados, que forçam contato com as tribos, praticam violência contra os seus membros e representam vetores de contágio de doenças. Sobre o ponto, não há dúvida de que a remoção é imperativa e de que a presença de tais grupos em terras indígenas constitui violação do direito de tais povos ao seu território, à sua cultura e ameaça à sua vida e saúde. Está presente, portanto, a verossimilhança do direito alegado.

43. Entretanto, a situação não é nova nem guarda relação com a pandemia. Trata-se de problema social gravíssimo, presente em diversas terras indígenas e unidades de conservação, de difícil resolução, dado o grande contingente de pessoas (os requerentes falam em mais de 20.000 invasores em apenas uma das áreas) e o elevado risco de conflito armado. Não há como equacionar e solucionar esse problema nos limites de uma medida cautelar. É certo, porém, que a União deve se organizar para enfrentar o problema, que só faz crescer. Acrescente-se aqui que, segundo narrativa dos próprios requerentes, o ingresso de pessoas estranhas às

ADPF 709 MC / DF

comunidades em suas terras gera risco de contágio. Os requerentes inclusive atribuem tal contágio a equipes médicas do Ministério da Saúde e das Forças Armadas. Há, portanto, considerável *periculum in mora* inverso na determinação da retirada tal como postulada, já que ela implicaria o ingresso de forças militares e policiais em terra indígena, em risco de conflito armado durante a pandemia e, por conseguinte, poderia agravar a ameaça já existente à vida de tais povos. Assim, é recomendável que se considere, por ora, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

44. Diante do exposto, **defiro parcialmente a cautelar, para determinar a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (*infra*), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou de providência alternativa apta a evitar o contato.** A medida emergencial deve ser analisada pela União, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas. Indefiro, por ora, o pedido de retirada dos invasores diante do risco que pode oferecer à vida, à saúde e à segurança das comunidades. Observo, porém, que é dever da União equacionar o problema das invasões e desenvolver um plano de desintrusão. **Portanto, se nenhum plano for desenvolvido a respeito da desintrusão, voltarei ao tema.**

II.2. EXTENSÃO DOS SERVIÇOS DO SUBSISTEMA DE SAÚDE INDÍGENA DO SUS A TODOS OS INDÍGENAS NO BRASIL

45. Os requerentes alegam que a Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI e a FUNAI limitaram o atendimento do Subsistema de Saúde Indígena aos indígenas aldeados, residentes em terras indígenas homologadas, recusando atendimento: (i) aos indígenas urbanos (não aldeados), que são remetidos ao SUS normal, desconhecedor das suas

ADPF 709 MC / DF

necessidades específicas e peculiaridades culturais; bem como (ii) aos indígenas aldeados, residentes em terras indígenas, cuja demarcação e homologação ainda não foram concluídas pelo Poder Público.

46. A Advocacia-Geral da União afirma que a atuação da SESAI e do Subsistema de Saúde Indígena é complementar ao SUS; que a SESAI não tem capacidade operacional para atender, além dos indígenas aldeados, também os indígenas urbanos; que tais indígenas não aldeados já estão cobertos pelo SUS; e que, portanto, trata-se de escolha razoável de política pública a decisão sobre o alcance do Subsistema de Saúde Indígena em tais termos. Por essa razão, a interferência do Poder Judiciário na matéria implicaria, mais uma vez, violação ao princípio da separação dos Poderes.

47. As informações da Controladoria-Geral da União e da SESAI parecem sugerir que a não homologação de terras indígenas torna duvidosa a identidade do grupo como povo indígena, razão pela qual também tais grupos deveriam ser remetidos ao SUS comum[19]. No ponto, afirmam, ainda, que a responsabilidade da União pela prestação de serviços de saúde é compartilhada com Estados e Municípios.

II.2.1. Prestação de assistência à Saúde de Povos Indígenas Aldeados localizados em Terras Indígenas não homologadas

48. É *inaceitável* a postura da União com relação aos povos indígenas aldeados localizados em Terras Indígenas não homologadas. A identidade de um grupo como povo indígena é, em primeiro lugar, uma questão sujeita ao autorreconhecimento pelos membros do próprio grupo. Ela não depende da homologação do direito à terra. Ao contrário, antecede o reconhecimento de tal direito. Confira-se:

CONVENÇÃO 169 DA OIT

“Art. 1º. [...].

ADPF 709 MC / DF

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Artigo 2º.

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a **proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade**. [...].

Artigo 3º.

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos". (Grifou-se)[20]

49. Além disso, trata-se, como já mencionado, de um estado de coisas em que o Chefe do Executivo declarou que não demarcaria ou homologaria mais 1 cm de terra indígena durante seu mandato. Nessas condições, portanto, tais indígenas têm todos os seus direitos negados. Recusam-lhes seu direito ao território, a seus recursos naturais, à sua cultura e à subsistência tradicional. Como se não bastasse, o Estado nega-se, ainda, a prestar-lhes serviço de assistência à saúde, em meio a uma pandemia mundial, que já matou mais de 60.000 brasileiros, *expondo-os a risco de extermínio*. A alegação de que podem recorrer ao SUS geral é de viabilidade duvidosa, já que se trata de povos situados em locais de difícil acesso, sem capilaridade de postos de saúde e hospitais, e com práticas culturais, idioma e eventuais particularidades que o SUS geral não está habilitado a atender.

50. Em vista da manifesta verossimilhança do direito alegado e do perigo na demora de seu atendimento, **defiro a cautelar para determinar a imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de**

ADPF 709 MC / DF

Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas.

II.2.2. Prestação de assistência à Saúde de Povos Indígenas localizados em Área Urbana (não aldeados)

51. No mesmo sentido, povos indígenas localizados em zona urbana também constituem povos indígenas e, nessas condições, gozam dos mesmos direitos que todo e qualquer povo indígena. O fato de se localizarem em área urbana pode se dever: (i) ao avanço das cidades, (ii) à necessidade de deslocamento de lideranças, (iii) à busca de escolas ou de empregos, entre outros. A mera residência em área urbana não torna o indígena aculturado, tampouco implica a inexistência de necessidades, cultura e costumes particulares.

52. A questão não constitui uma opção de política pública, efetuada com base em juízo de discricionariedade técnica da autoridade, como alegado pela Advocacia-Geral da União. Trata-se de decisão que viola norma supralegal reguladora dos critérios para reconhecimento dos povos indígenas e seu direito ao atendimento específico (Convenção 169 da OIT, art. 1º, 1). Afronta, ainda, a Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre a atenção à saúde dos indígenas e assegura a todos eles serviços especializados que levem em conta a sua realidade local e a sua cultura. Veja-se:

LEI Nº 8.080/1990:

“Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, obedecerão ao disposto nesta Lei.

Art. 19-B. É instituído um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde – SUS, criado e definido por esta Lei, e pela Lei nº 8.142, de 28 de

ADPF 709 MC / DF

dezembro de 1990, com o qual funcionará em perfeita integração.

Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional". (Grifou-se)

53. Está presente, portanto, a verossimilhança do direito alegado. Por outro lado, a AGU afirma que a extensão do Subsistema de Saúde Indígena aos indígenas urbanos excede as suas capacidades e gerará precarização do serviço, podendo comprometer o atendimento dos indígenas aldeados, que não dispõem da alternativa de recorrer ao SUS geral.

54. Muito embora a AGU não traga elementos de prova que evidenciem a alegação, o fato é que, em virtude da presente decisão, o Subsistema deverá passar a atender, de imediato, aos povos indígenas aldeados localizados em terras não homologadas, que não eram alcançados por seus serviços e que possivelmente não tinham alternativa de acesso ao SUS geral. Precisar, portanto, passar por uma considerável readequação, que tende a absorver parte significativa da sua capacidade institucional. Entendo, portanto, que há perigo na demora inverso no deferimento imediato da cautelar.

55. Entretanto, indígenas urbanos que por qualquer razão não tenham condições de acesso ao SUS geral fazem igualmente jus ao atendimento pelo Subsistema Indígena de Saúde ou a medidas que

ADPF 709 MC / DF

asseguem o acesso ao SUS geral ao menos provisoriamente.

56. Diante do exposto, **defiro parcialmente a cautelar para estender o Sistema Indígena de Saúde apenas aos indígenas não aldeados (urbanos) sem condições de acesso ao SUS geral**. Indefiro, por ora, a extensão à totalidade dos povos indígenas urbanos. Determino, contudo, que o plano objeto do próximo tópico avalie a viabilidade de tal extensão e a considere.

II.3. ELABORAÇÃO E MONITORAMENTO DE PLANO DE ENFRENTAMENTO DA COVID-19 PARA OS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS

57. Os requerentes pedem, ainda, o deferimento de medida cautelar que determine a elaboração e o monitoramento de um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros. Afirmam que não desconhecem o “Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus em Povos Indígenas” (doc. 46), mas que ele é vago, expressa meras orientações gerais e não prevê medidas concretas, cronograma ou definição de responsabilidades. Observam, ainda, que o Plano não contou com a participação de comunidades indígenas em sua formulação.

58. Alegam que a tarefa deve ser atribuída ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), órgão independente, composto por representantes do Estado e da sociedade civil, ao qual compete, entre outras atribuições: (i) a promoção das medidas necessárias à prevenção, repressão, sanção e reparação de condutas e situações contrárias aos direitos humanos, inclusive os previstos em tratados e atos internacionais ratificados no País; (ii) a elaboração de diretrizes para a efetivação da política nacional de direitos humanos; (iii) a produção de recomendações a entidades públicas e privadas envolvidas com a proteção dos direitos humanos; bem como (iv) a articulação com órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais encarregados da proteção e defesa dos

ADPF 709 MC / DF

direitos humanos (art. 4º da Lei 12.986/2014). Informam que o órgão dispõe, ainda, de comissão permanente com finalidade específica de atuar na defesa dos povos indígenas, com expertise no tema. Requerem, ademais, que, na elaboração do plano, participem 6 representantes dos povos indígenas, sendo 3 indicados pela APIB e 3 indicados pelos CONDISIs. Postulam, por fim, que se requeira o apoio das equipes pertinentes da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), na qualidade de consultores *ad hoc*, sem remuneração (art. 8º, § 5º, Lei nº 12.986/2014).

59. A competência para a formulação de um plano de tal natureza assiste, em princípio, à União. A criação, implementação e o monitoramento da execução de tal plano possivelmente envolve órgãos, autoridades e expertises que não necessariamente participam do Conselho. Por outro lado, as competências do Conselho são absolutamente compatíveis com a formulação e o monitoramento de tal plano. Os povos indígenas têm indiscutível direito à participação na decisão, implementação e controle das ações de saúde que lhes são destinadas, como já demonstrado. E não parece haver óbice a que se ouça a Fundação Oswaldo Cruz e o Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO.

60. Diante do exposto, tendo em vista a necessidade de assegurar diálogo institucional e intercultural, por um lado, e de observar os princípios da precaução e da prevenção de outro, entendo que é o caso de atribuir à União a formulação do referido plano, com a participação do Conselho de Direitos Humanos, dos representantes dos povos indígenas e demais consultores *ad hoc*. Espera-se que tais atores sejam capazes de construir uma solução de consenso. Como já observado acima, o plano deverá contemplar, inclusive: (i) a avaliação da viabilidade de retirada de invasores de terras indígenas ou medidas alternativas à remoção; bem como (ii) o exame da viabilidade e eventual planejamento da expansão do

ADPF 709 MC / DF

atendimento do Subsistema de Saúde Indígena para indígenas não aldeados. Não se chegando, contudo, a um consenso e ausente qualquer outra solução, o presente juízo será obrigado a decidir acerca do plano.

61. Por todo o exposto, **defiro parcialmente a cautelar para determinar à União que formule, no prazo de até 30 dias, um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com a participação do CNDH e de representantes das comunidades indígenas**, bem como com apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, desde que, aceito o encargo, desempenhem a tarefa como consultores *ad hoc*. A execução do plano deverá ser monitorada por todos os referidos atores em conjunto. Caberá à União avaliar as demais autoridades e órgãos a serem envolvidos na tarefa. O plano deverá ser trazido à homologação deste juízo, quando eventuais pontos de divergência serão apreciados.

III. SÍNTESE DAS CAUTELARES DEFERIDAS

62. Diante do exposto, são as seguintes as medidas cautelares deferidas por este Relator:

III.1. QUANTO AOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO OU POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO:

1. *Criação de barreiras sanitárias*, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (*infra*), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão.

2. *Criação de Sala de Situação*, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos:

(i) composição pelas autoridades que a União entender

ADPF 709 MC / DF

pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB;

(ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo;

(iii) convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo;

(iv) designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo.

III.2. QUANTO A POVOS INDÍGENAS EM GERAL

1. *Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato.*

2. *Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas.*

3. *Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral.*

4. *Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições:*

ADPF 709 MC / DF

(i) indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo;

(ii) apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato;

(iii) indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos.

63. Observa-se, por fim, que todos os prazos acima devem ser contados em dias corridos e correrão durante o recesso. O término do recesso coincidirá aproximadamente com a conclusão da elaboração dos planos e seu exame pelo juízo, de modo que não há risco de concretização de medidas irreversíveis antes do retorno do Supremo Tribunal Federal a pleno funcionamento, ressalvadas novas situações emergenciais que possam ocorrer no período e que demandem interferência imediata.

64. A implementação das cautelares não prejudica que se dê continuidade a todas as ações de saúde já em curso e planejadas em favor das comunidades indígenas, que não devem ser interrompidas.

CONCLUSÃO

65. Por todo o exposto, **defiro parcialmente as cautelares postuladas pelos requerentes, nos termos e condições previstos acima (item III)**. Inclua-se o feito em pauta, para confirmação da cautelar pelo plenário, sem prejuízo da imediata exigibilidade das cautelares deferidas.

Publique-se. Intimem-se.

ADPF 709 MC / DF

Brasília, 8 de julho de 2020.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator

[1] No mesmo sentido, na doutrina: Daniel Sarmento. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: *Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional*, 2018, p. 79-90; Alexandre Costa; Juliano Zaiden Benvindo. A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Universidade de Brasília (*working paper*), p. 1-84, abril 2014. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2509541>; Rodrigo Brandão; Daniel Capecchi Nunes. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196; Alonso Freire. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: Por que não também aqui uma revolução de direitos? In: Daniel Sarmento (org). *Jurisdição constitucional e política*, 2015, p. 591-640; Carina Lellis. Diálogos Sociais no STF: o art. 103, IX, da Constituição e a participação da sociedade civil no controle concentrado da constitucionalidade. In: Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello. *A Constituição brasileira de 1988 na visão da escola de direito constitucional da UERJ*, 2018.

[2] Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2019, p. 360-366.

[3] V., a respeito, sobre princípios da prevenção e da precaução e deveres de proteção ecológica por parte do Estado: Ingo Wolfgang Sarlet; Tiago Fensterseifer. *Direito constitucional ecológico*, 2019, p. 388-401.

[4] Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/politica/bolsonaro-diz-que-oab->

ADPF 709 MC / DF

so-defende-bandido-e-reserva-indigena-e-um-crime. Acesso em 06.07.2020.

[5] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jUgDXVbPHZs>. Acesso em 06.07.2020.

[6] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sju-bpj0x-E>. Acesso em 06.07.2020.

[7] Disponível em <https://exame.com/brasil/bolsonaro-diz-que-reservas-indigenas-inviabilizam-a-amazonia/>. Acesso em 06.07.2020.

[8] Entre as terras indígenas e localidades alcançadas pelas ações das Forças Armadas estão: Barata Livramento; Boqueirão; Pium; Raimundão; Jacamim; Manoa/Pium; Andirá-Marau, Coata-Laranjal, Cunhã-Sapucaia e Lago do Limão/AM; Yauaretê, Querari, São Joaquim e Maturacá (AM); Atalaia do Norte, Palmeiras do Javari, Polo Base Itacoaí, Polo Base São Luís (AM); Auaris, Waikás e Surucucu (Yanomâmi); Ticoça, Flexal e Maturuca (Raposa Serra do Sol); bem como Belém/PA; Santarém/PA; Itaituba/PA; Altamira/PA; Marabá/PA; Novo Progresso/PA; Xikrin do Rio Catete/PA; Trincheira Bacaja/PA; Trocará/PA, Barreirinha/PA, Oiapoque/AP e São Luís/PA.

[9] Segundo informações do Ministério da Defesa, houve a criação de barreiras fluviais nos seguintes locais: Borba/AM, Maués/AM, Parintins/AM, Barreirinha/AM, Aveiro/AV e Itaituba/AV, Terras Indígenas de Andirá-Marau, Coata-Laranjal, Cunhã-Sapucaia e Lago do Limão/AM.

[10] Segundo Informações do Ministério da Justiça, as operações da Força Nacional de Segurança tiveram por objeto: a Terra Indígena Vale do Javaeri/AM, a Terra Indígena Apyterewa e a Terra Indígena Yanomami, entre outras. As informações indicam terras em que não foi possível intervir por falta de efetivo e observam que a atuação da Força Nacional tem a sua atuação condicionada à solicitação de Governador de Estado, do Distrito Federal ou de Ministro de Estado (art. 4º do Decreto 5.289/2004).

[11] V. Convenção OIT 169, artigos 2º, 1; 4º, 2; 5º, “c”; 6º, 1, “a” e “b”; art. 7º, 1.

[12] Portaria Conjunta nº 4.094/2018 do Ministério da Saúde e da

ADPF 709 MC / DF

FUNAI: “Art. 2º “Para os fins desta portaria adotam-se as seguintes definições: I - Povos Indígenas Isolados: povos ou segmentos de povos indígenas que, sob a perspectiva do Estado brasileiro, não mantém contatos intensos e/ou constantes com a população majoritária, evitando contatos com pessoas exógenas a seu coletivo; e II - Povos Indígenas de Recente Contato: povos ou agrupamentos indígenas que mantêm relações de contato ocasional, intermitente ou permanente com segmentos da sociedade nacional, com reduzido conhecimento dos códigos ou incorporação dos usos e costumes da sociedade envolvente, e que conservam significativa autonomia sociocultural”.

[13] No mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas estabelece: “Os povos indígenas têm direito à **autodeterminação**” (artigo 3); “1. Os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, [...]” (art. 31). Também a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas prevê: “Os povos indígenas têm os direitos coletivos indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos. Nesse sentido, **os Estados reconhecem e respeitam o direito dos povos indígenas à ação coletiva; a seus sistemas ou instituições jurídicos, sociais, políticos e econômicos; às próprias culturas; a professar e praticar suas crenças espirituais; a usar suas próprias línguas e idiomas; e a suas terras, territórios e recursos. Os Estados promoverão, com a participação plena e efetiva dos povos indígenas, a coexistência harmônica dos direitos e sistemas dos grupos populacionais e culturas**” (artigo VI); “Os povos indígenas, no exercício de seu **direito à livre determinação**, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, bem como a dispor de meios para financiar suas funções autônomas” (artigo XX).

[14] Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas: “Artigo XXVI. Povos indígenas em isolamento voluntário ou em contato inicial. 1. Os povos indígenas em **isolamento voluntário** ou em contato inicial têm **direito a permanecer nessa condição e a viver livremente e de**

ADPF 709 MC / DF

acordo com suas culturas. 2. Os Estados adotarão políticas e medidas adequadas, com o conhecimento e a participação dos povos e das organizações indígenas, para reconhecer, **respeitar e proteger as terras, territórios, o meio ambiente e as culturas desses povos, bem como sua vida e integridade individual e coletiva**". (grifou-se).

[15] No mesmo sentido, confirmam-se as Diretrizes de Proteção para os Povos Indígenas em Isolamento e em Contato Inicial da Região Amazônica, do Gran Chaco e da Região Oriental do Paraguai, produzidas pela Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH): "47. O respeito e a garantia do direito à autodeterminação devem ser interpretados de maneira diferente para os povos indígenas em isolamento e para os povos indígenas em contato inicial do que significa no contexto dos direitos dos povos indígenas, em vista da a situação específica dessas cidades. **Para os povos indígenas isolados, a garantia do direito à autodeterminação se traduz no respeito pela decisão de permanecerem isolados, sem que isso implique que a situação desses povos não possa evoluir em relação ao seu desejo ou necessidade. para estabelecer contato a tempo. 48. O respeito pela decisão de permanecer em isolamento envolve a tomada de medidas efetivas para impedir que pessoas de fora ou suas ações afetem ou influenciem, acidental ou intencionalmente, pessoas pertencentes a grupos indígenas isoladamente**" (grifou-se). Disponível em: <https://acnudh.org/load/2019/07/015-Directrices-de-Protecci%C3%B3n-para-los-Pueblos-Ind%C3%ADgenas-en-Aislamiento-y-en-Contacto-Inicial-de-la-Regi%C3%B3n-Amaz%C3%B3nica-el-Gran-Chaco-y-la-Regi%C3%B3n-Oriental-de-Paraguay.pdf>. Acesso em 06.07.2020.

[16] Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em 06.07.2020.

[17] No mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê: "Os povos indígenas têm o direito de **determinar e elaborar prioridades e estratégias** para o exercício do seu direito ao desenvolvimento. Em especial, os povos indígenas têm o

ADPF 709 MC / DF

direito de **participar ativamente da elaboração e da determinação dos programas de saúde**, habitação e demais programas econômicos e sociais que lhes afetem e, na medida do possível, de administrar esses programas por meio de suas próprias instituições” (artigo 23).

[18] Na mesma linha, o artigo 33, 1, da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas prevê: “Os povos indígenas têm o direito de determinar sua própria identidade ou pertencimento, conforme a seus costumes e tradições”.

[19] No mesmo sentido, Nota de Esclarecimento da SESAI (doc. 43): “A própria Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas há décadas estabelece ‘a adoção de um modelo complementar e diferenciado de organização dos serviços – voltados para a proteção, promoção e recuperação da saúde, que garanta aos índios o exercício de sua cidadania nesse campo, **deve ocorrer nas terras indígenas** de forma a superar as deficiências de cobertura, acesso e aceitabilidade do Sistema Único de Saúde para essa população” (grifos do original).

[20] Em termos semelhantes, v. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: “Os povos indígenas têm **o direito de determinar sua própria identidade ou composição** conforme seus costumes e tradições. Isso não prejudica o direito dos indígenas de obterem a cidadania dos Estados onde vivem” (artigo 33.1), grifou-se. Cf., ainda, a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas: “**As pessoas e comunidades indígenas têm o direito de pertencer a um ou a vários povos indígenas, de acordo com a identidade**, tradições, costumes e sistemas de pertencimento de cada povo. Do exercício desse direito não pode decorrer discriminação de nenhum tipo” (artigo VIII), grifou-se.

ADPF 709 MC / DF